

90

MEMORIAL
AL EXC.^MO SEÑOR DVQVE DE ALBVRQVERQVE, &c. CAPITAN GENERAL DEL MAR OCCEANO, COSTAS, Y EXERCITOS DE ANDALUZIA.

DADO

POR EL Doct. D. DIEGO THOMAS DE HERRERA HVRTADO, Abogado en los Reales Consejos, Auditor General por su Mag. de los cargos de dicho Exc.^mo S.^r

CONTRA

CINCO PROPOSICIONES que se han divulgado á fin de obscurecer la Jurisdiccion Militar que reside en los Exc.^mos Señores Capitanes Generales.

Año de 1701.

EXC.mo SEÑOR.

A Vista de la opoſicion comun, que en eſta Capitania General tienen los Juezes Ordinarios Politicos para la juriſdiccion Militar, y ſus comprehendidos con tan notable odio, como enſeña la experiencia, no quedâra mi animo cõ perfecto ſoſsiego, ni mi conciencia con la ſeguridad neceſſaria, ſi no diera ſatisfacion publica â las vozes con que algunos Corregidores, Governadores, Alcaldes, y Abogados diſculpan las tropelias que executan contra los Militares en varias operaciones ocurrentes; porque el error que no ſe reſiſte, ſe aprueba; y la verdad que no ſe defiende, ſe injuria. Innocentius Pontifex, cap. error, diſt. 3.

Labia ſapientum deſſeminabunt ſcientiam.
Cor ſtultorum diſsimile erit. Proverb. cap. 15. verſ. 7.

PVNTOS QVE PVBLICAN.

1 NIegan publicamente ſer el fuero militar antiguo, y que no eſtâ en el cuerpo del Derecho.

2 Que el Capitan General no tiene poteſtad de conocer de las cauſas civiles, ni criminales de los Militares.

3 Que la Juriſdiccion Ordinaria politica es comprehenſiva de todas cauſas, y negocios, y que eſta es vnicamente ordinaria, y no la Militar.

4 Que por eſto el Auditor General, no es Juez, ni tiene por sî repreſentacion.

5 Que los Soldados de â cavallo de eſta Capitania General, por no ſer eſtipendiarios, no gozan del fuero.

Son eſtos puntos partos de diferentes vientres.

PVNCTVS I.

Que la Profeſsion Militar es moderna, y que ſu fuero no eſtà en el Cuerpo del Derecho.

CONTRA.

1 NO profeſſa ſciencia quien eſparce vozes tan eſtrañas de razon, ô ha viſto poco de ella, ò le deſpeña ſu paſsion. Quien ha ignorado haſta aqui lo antiguo de la guerra, y formacion de milicia? Quien no ſabe lo antiguo de los Exercitos, pues aun del Cielo tuvo ſu principio: San Juan en el cap. 12. del Apocalipſ. deſcrive aquella ſobervia Luziferina, arrojada del Celeſte Alcazar: *Cœleſtis Exercitus, vel fuit prælium magnum in Cœlo.* Y ſi eſto no aſſegura la antiguedad por la diſputa entre manos, y entendimiento, la aſſegurarà con ſobrada claridad el cap. 21. del Geneſ. verſ. 33. ibi: *Surrexit autem Abimelech, & Phicol Princeps exercitus eius.*

eius. lib. 2. Regum cap. 24. verſ. 4. ibi: *Ioab, & Princeps militum*. & cap. 19 verſ. 13. & in lib. 4. Regum cap. 5. verſ. 1. Iudich. cap. 2. verſ. 4. Jerem. cap. 39 n. 6. Y otros muchos lugares de las Sagradas Letras. Caſan. Catalog glor. mũd. 9 p in princip. & mult. que afirman ſu antiguedad, y principio, y de la honra de la milicia, Port. de Don. Reg. li. 3. c. 14. n. 4.

2 La ſegunda parte de eſte primero punto, es, que eſta juriſdiccion Militar no eſtà en el cuerpo del Derecho; Letrados ſon los que lo pronunciaron, pero los que lo ſon, ſaben que el fuero Militar eſtá en el cuerpo del Derecho, y no lo và quien lo niega.

3 Quiere la juriſdiccion ordinaria politica (quitemos lo pagano, que ſuena mal) deſtruir la Militar, y ſu naturaleza; y aſsi, me es preciſo manifeſtar el origen de eſta (procurarè recogerme lo poſsible) no lo tuvo por reſcriptos, ni privilegios eſpeciales, ni particulares; ſi en la creacion de las Dignidades, â quienes el Principe, ô la Republica concediô ſu poteſtad ſobre los Militares, que aſsi le diò principio la Republica Romana, criando la Dignidad Magiſteria. Bien lo enſeña la ley 2. en el §. 19. ff. de orig. iur. como lo notò D. Salc. in theatr. honor. glor. 42. al 5. num. ibi: *In quo præ notandum, quod Magiſteria poteſtas inter Milites, nec tantum fuit cognita à temporibus Conſtantini*. Amaya in rubric. Cod. de Decurionib. lib. 10. n. 15. & in n. 6. ibi: (poſt Steuvuch. & Panſil.) *Sed ad primis Romanæ Reipublicæ exordijs, vel manu Conſulum, dictatorum, vel Magiſtri Equitũ*. Cuyo Author por ſciencia, y ſoberania haze opinion, aunque ay Letrado que la deſprecia.

4 Es evidente, y de todos ſabido, que en aquellos tiempos, ſolo ſe conocieron las dos poteſtades de Maeſtro de los Soldados, y dictador; pero la del *Magiſter Militum*, con tan ſumo imperio en ellos, como la otra en el Pueblo Romano. Juan Oroz. in l. 2. de orig. iur. n 66. Petr. Greg. lib. 19. ſyntag. iur. cap. 18. n. 2. refert D. Salc. *in n. 9.* vnde.

5 Si no ſe ha engañado mi corta inteligencia, puedo afirmar, que antes que los Reyes Romanos dieſſen la poteſtad â los Magiſtrados para lo ordinario politico, encargaron la juriſdiccion Militar à los Tribunos *ſcelerum*, que fueron los primeros Miniſtros que exercieron juriſdiccion, Caſan. cathalog. glor. mund. 7. par. 8. conſider. verſ. Et videtur, & 9. part. 1. conſid. verſ. poſt prædictum, & ſeqq. l. 2. §. 14. ibi: *Quod ad Magiſtratus attinet initio Civitatis huius conſtat, Reges omnem poteſtatem habuiſſe* & in §. 15. ff. de orig. iur. ibi: *Iſdem temporibus, & tribunum ſcelerum fuiſſe conſtat, is autem erat, qui equitibus præerat, & veluti ſecundum locum à Regibus*. Cab. deciſ. 103. p. 2. n. 1. Cicer. in cronolog. Rep. Rom. in princip. fol. mihi 29 prim. column. dict Caſan 9. p. in princip. 1. conſider.

6 El que fuere Letrado, aviendo paſſado los Derechos, avrâ hallado en ellos con gran plenitud la militar juriſdiccion, pues los quatro libros, ò tomos que ſe componen del ff. C. inſtitut. & auth. en los antiguos, y en el moderno feud. ſe criô el fuero, y juriſdiccion Militar; no faltando prevencion à ſu Govierno en todo èl. Lo meſmo ſucede en los Canonicos, y

paſſa

passa à las partidas con las leyes Reales Recopiladas, sin que desde el principio del mundo hasta oy en todas letras se encuentre otra cosa.

PVNCTVS II.

Que el Capitan General no tiene jurisdiccion para conocer de las causas civiles, y criminales de los Soldados.

CONTRA.

1 O Muy alto, ò muy baxo debe tomarse el punto en esta proposicion; alto para castigar el atrevimiento, ò baxo para el desprecio; y si el primero toca â el Superior, el segundo á el Auditor para despreciarlo; si bien parecerà omission, ò ignorancia este desprecio, y assi, para los apassionados fundarà el Auditor General sucintamente la jurisdiccion de los Señores Capitanes Generales con algunos textos, y doctrinas; porque *erubescimur cum sine textu loquimur.* Sanch. de matrim. lib. 2. disp. 39. num. 6.

2 Assentada la antiguedad, y origen de la Milicia, y su jurisdiccion con los honorificos, aunque diversos nombres en los Superiores de ella, como se vè de las Divinas Letras, que vàn citadas en el punto primero; como tambien de las leyes civiles, inclusas en los cinquenta libros de los tomos del Derecho, y de los capitulos inclusos en el Canonico. Passo à la manifestacion de la jurisdiccion que obtienen los Señores Capitanes Generales; pues esta dignidad se exerce en España por Ley, cuyo nombre fue antiguamente Alferez, ò Caudillo, que dixo la ley 16. t. 9. 2. p. apelando á el nombre de Maestro de los Soldados, que fue vno de los que obtuvo en el tiempo de los Romanos, vt in leg. 3. t. 2. p. 7. conservando el primero. Pruebase con evidencia en la l. 11. t. 18. p. 4. ibi: *La setena Dignidad porque sale ome de poder de su Padre, es quando eligen alguno por Maestro de Cavalleria, que quiere tanto dezir, como ome que es puesto por Cabdillo, ò por Maestro de los Cavalleros del Emperador, ò del Rey, à que llaman en Romance Alferez*, vnde. Greg. Lop. in d. l. 3. gl 4.

3 Que este nombre de Maestro de los Soldados, ò Alferez sea el mismo, que el de Capitan General de nuestros tiempos; significando estas vozes vna misma cosa en nuestro Idioma Castellano, lo prueba Cels. Hug. in repet. ll. Castell. verb. Cavallero, vers. Los Antiguos, y todo â nuestro proposito mas comprehensivo, D. Solorz. de gubern. Indiar. lib. 3. cap. 31. n. 8. & 9. in sumario, ibi: *Militum causæ civiles, & criminales, coram Magistro Militum agitabantur, quem hodie Proreges, & Gubernatores representant, qui simul sunt Capitanei Generales*, & lib. 4. cap. 10. num. 36. ibi: *Cuius virtute Proreges, & alij Præsides, & Gubernatores Militares quatenus ea vtuntur* (cognitione scilicet) *subrogati videntur in locum, & iurisdictionem antiqui Magistri militum.* vnde. Carrasc. ad ll. novæ compilationis, cap. 9. n. 15. & 16. & d. l. 16. t. 9. p. 2. que lo abraça todo, & plene Salced. theatr. honor. gl. 40. per tot.

4 Es absoluta, y sin limite la jurisdiccion que reside en los Señores Capitanes Generales (del Supremo Consejo de Guerra abaxo) y comprehende en sì todas las causas civiles, y criminales de los Militares, y todas las dependencias del Supremo Consejo de Estado; y assi, es la proposicion contraria, erronea, è infundada, como hija de ignorancia, ô desordenada passion. Passe el proponente Letrado con la proposicion à la atencion que merece la l. 6. Magisteriæ, C. de iur. omn. Iudic. ibi: *Magisteriæ potestati inter Militares viros, vel privatum Actorem, & Reum Militarem etiam civilium quæstionum audiendi concedimus facultatem, præsertim cū id ipsum de more litigantium esse videatur, constet que Militarem Reum, nisi à suo Iudice, nec exhiberi posse, nec si in culpa fuerit, coerceri*. Pues vnan aora â tan capital texto el de la ley 1. C. de offic. Magist. Milit. y la l. 18. §. 4. & 7. C. de re milit. y lo hallaràn todo comprehendido.

5 Esto mismo trae con muchos D. Solorz. sup. cit. ibi: *Civiles, & criminales*; con los que cita Carleb. de judi. disp. 2. n. 462. ibi: *Declaranda tamen est prædicta quarta conclusio, si animadvertamus præter causas civiles, quæ proculdubio ad iudices militares pertinent, & c.* Y en las civiles Rod. de ann. reditib. lib. 3. cap. 1. sub n. 3. dict. Carleb. lib. 1. t. 1. disp. 2. q. 4. de for. Milit. con innumerables Autores, y en el n. 461. ibi: *Quia conclusio milites gaudent privilegio fori, tam in civilibus, quam in criminalibus vt non possint conveniri, nisi coram Magistris Militum, & Præfectis, & Ducibus suis, aut Auditoribus exercitus dessignatis, ad quos remitti debent; à quibus apud nos Hispanos ad Supremum belli Consilium interponuntur appellationes*. l. 11. t. 18. p. 4. Mant. de con. de lib. 6. t. 1. n. 25. vsque ad 32. cum mult. Lo mismo resuelve, y nos enseña el señor Duque de Parma, en sus observadas ordenanças Militares, ord. 1. 2. y en la 3. ibi: *De manera, que vn Soldado, no podrà ser convenido, ni llamado en justicia por ningun delito, ni deuda, ni por otra causa alguna, sino es por ante los Auditores, y Juezes Militares, & c.* Y en la orden. 5. ibi: *El Auditor General puede, y debe conocer, y determinar generalmēte todos los pleytos, y diferencias, assi civiles, como criminales que huviere, & c.*

6 Es de este caso manifestar con brevedad que la jurisdicion Militar debe, y puede conocer privativamente de los testamentos de los Militares, sus abintestatos, è insidencias, y si vale generalmente en el Derecho el argumento de la Milicia Celeste, à la Milicia Armada, como llevan generalmente los DD. y dispone el Derecho en la l. millesi. in princip. ff. de re judic. Bart. in l. millesi. §. mulier, ff. de testam. milit. Ansald. de jurisdict. 1. p. tom. 11. cap. 1. n. 4. Monach. in cap. si judex, num. 1. D. Salced. theatr. honor. gl. 42. n. 68. D. Antonio de Fuent. in addit. aur. vers. de previl. ibi: *& certum est quod valet argumentum de milite armatæ militiæ ad Clericum Cœlestis Militiæ, & ē contra quoad hoc ne possit conveniri coram alio iudice, & c.* Y siendo esto tan del intento, no es fuera del fundar en los mesmos terminos nuestro caso; pues sucediò lo mesmo en la pariedad â vn Eclesiastico, segun Dian. en el t. 10. tract. 15. & 5. micellan. resol. 15. Petr. Caval. resol. crim. cas. 147. per tot. que puede vèr el curioso.

7 Si

7 Siguiendo esta equiparacion: Es de Derecho conocer el Juez Militar de los testamentos de sus subditos, como el Eclesiastico de los suyos. Pereir. de man. Reg. lib 1. cap. 16. n. 25. el Señor Duque de Parma en sus placart. ord 37. y con especialidad la 38. observada comunmente, y ab argumento, D. Vela, disert. 40. n. 75. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. q. 49. n. 5. & d. Pereir. cap. 16. n. 24.

8 Porque siendo los bienes, assi en los difuntos, como en la muger, y hijos, ò herederos, sujetos à la jurisdiccion, es visto ser de ella, como lo assientan los DD. arriba citados; Carleb. de iudit. disp. 2. t. 1. n. 322. l si mih. ex leg. in pub. fil. 40. ff. de administrat. tutor. & tit. 57. ff. de leg. 2. & d. Pereir. n. 21. con muchos, con que me parece queda probado.

9 Y porque dixe en este numero que la muger, y hijos estàn sujetos à la jurisdiccion del marido, en tanto que no mudan de estado, es assentado en los Derechos, y DD. que gozan de este fuero, como causa individua, la muger, y hijos del militar, ad text. in leg. si comunem, ff. quemadmod. servit. â mitib. l. vnic. C. si in commun. ead. que caus. & ib. gl. Cancer. 2. var. cap. 2. n. 72. Math de afflict. desi 213. l. penult, ff. de iurisdict. l. filij 22. §. vidua mulier amici mariti domicilium retinet, ff ad municipal. Zevall. conm. contr. conm. q. 708. n. 6. Y otros innumerables Authores, que inconcusamente lo assientan.

10 No solo en lo antiguo tuvieron los Señores Capitanes Generales esta plena autoridad, y jurisdiccion; si tambien permanece con la misma potestad, D. Salced. gl. 40. n. 18. & 24. & seqq. & gl. 42. num. 20. & qq D. Solorz. de iur. Indiar. tom. 2. lib. 4. cap. 10. n. 35. Y que esta jurisdicion militar en los Señores Capitanes Generales, es dominante, y privativa, respecto de los Ordinarios politicos; lo afirma Bosch. de inst. t. de hon. lib. 3. cap. 8. vers. Los Oficiales, in fine, Bobad. in polit. t. 2. lib. 4. cap 2. n. 68 cur. Philip. t. 2. lib. 3. cap. 3. n. 15. D. Carleb. d 2. n. 463. con innumerables Autores, y nuevas Cedulas en las Secretarias, y Archivo de los Reales Oficios.

11 El torrente de los DD. afirman ser la jurisdiccion de los Señores Capitanes Generales la misma concedida, y que reside en los Señores Virreyes, cuya authoridad, dignidad, y potestad se eleba à no semejante, Vicent. Hortol. cap. 1. n. 5. vsque ad 18. dicert. de iur. manu script. D. Ruf. de Vilos. de fugit. cap. 20. §. 1. n. 50. simile D. Salced. in gl. 4. n. 1. & 10. Amaya lleva, que antiguamente el Capitan General era como Emperador, sin mas diferencia que la de no traer Purpura, in l. f. cap. 2. n. 7. & 8. C. de Decurion. lib. 10. dict. Salc. gl. 39. n. 18. & 19. Y estrechando mas estos casos D. Amaya, lleva, que de las sentencias no avia apelacion, si solo suplicacion, que denota lo superior de esta jurisdiccion, in d. l. fin. n. 9. & 10. Villos. trat. de fug. dissert. 6. §. 7. n. 42. & 43. de la mesma manera el Maestro de los Soldados, que oy es Capitan General, tenia el lugar immediato à el Rey, denotando su potestad, ex leg. 2. §. idem temp. ff. de orig. iur. el señor Duque de Parma, en la orden. 17. el señor Phelip. IV. en la orden. 54.

12 Con que es visto, que los Señores Capitanes Generales pueden proceder mann militari, seu iure belli, en lo que es de su jurisdiccion, por lo supremo de ella, como vâ probado. Dexart. ad cap. reg. Sard. rub. de offic. pro Reg. n. 10 D. Villos. de fug. cap. 20. n. 52. §. 1. Carrasc. ad l. Recop. cap. 9. n. 16. & 17. Solorz. polli. in d. lib. 5. cap. 18. vers. Si ijsdem. D. Villos. n. 66. Hort. in d. man. scrip. cap. 1. n. 45. & 50.

13 Muchas Cedulas, Casos, y Despachos de su Magestad (que goza de Dios) y de sus Supremos, y Reales Consejos de Estado, y Guerra pudiera incluir en aprobacion de esta verdad; pero por no cansar, y dilatarme, pondrè algunos de mi tiempo en el del Excelentissimo señor Don Francisco Fernandez de la Cueba, Duque de Alburquerque, &c. Capitan General del Mar Occeano, Costas, y Exercitos de Andalucia; aviendo parecido ante sì Don Nicolas Abo, Consul de Dinamarca, pidiendo que se inhivielle á el Alcalde Mayor de la Ciudad de Cadiz, del conocimiento de vn negocio q̃ tocava à la Capitania General privativamente. Especulado por sì, con la atencion, y gran prudencia que acostumbra, librò decreto para que el dicho Alcalde Mayor se inhivielle de dicho negocio, que hecho saber â dicho Alcalde Mayor, no lo observó, dando respuesta estraña. Y en segundo Memorial, que sobre todo diò el dicho Consul, premeditado por si, expidiò segundo decreto con multa de quinientos ducados para la observancia del primero; que hecho saber à el dicho Alcalde Mayor, se pretendiò mantener en su dictamen, en cuya renitencia se diô quenta á su Magestad, quien fue servido aprobar la multa, y decretos con Despacho del tenor siguiente:

14 *CEDVLA*. EL REY. Duque de Alburquerque, Primo, Gentilhombre de mi Camara, Capitan General del Mar Occeano, Costas, y Exercitos de Andalucia: En vista de dos cartas vuestras de siete, y quinze de Junio de este año, dais quenta de la controversia pendiente entre el Consul de Dinamarca en Cadiz, y vn D. Gaspar Thames, sobre la pertenencia de los derechos de los Navios de su Nacion, y el de averse intrometido el Alcalde Mayor de Cadiz en su conocimiento, sin tocarle, ni querer inhivirse dèl, aũq̃ le aveis dado repetidas ordenes para ello, impuestole multa de quinientos ducados para gastos de estrado del Consejo de Estado, de q̃ remitis Copia, y de vn memorial que el Consul ha presentado sobre esta dependiencia. Y ha parecido ordenaros avoqueis â vos esta causa cõ inhivicion à qualquiera otro Juez, y que conozcais desta controversia entre el Consul de Dinamarca, y D. Gaspar Thames, haziendo justicia, segun los despachos, y ordenes que huviere, tocantes â este litigio, y apelando alguna de las partes de vuestra sentencia, siendo caso en que quepa, se la concedereis para mi Consejo de Guerra de justicia, adonde toca, y por la renitencia, y obstinacion que ha tenido el Alcalde Mayor de Cadiz en obedecer, le hareis sacar los quinientos ducados en que le multasteis, è incurriò por su inobediencia. De Madrid â quatro de Noviembre, de mil seiscientos y noventa y ocho. YO EL REY. D. Crispin Gonzalez Botello.

15 De

15 De cuyo contexto se justifica la jurisdiccion,y la potestad;y aunque yo passè con Audiencia â la dicha Ciudad de Cadiz, y saquè del Alcalde Mayor los quinientos ducados, como todo consta en autos, que pàran en la Escrivania mayor de la Guerra desta Capitania General;no obstante esto el Alcalde Mayor hizo instancia por el Real Consejo de Castilla, haziendo dilatado informe â su Magestad;y el que el referido Alcalde Mayor hizo por escrito al Consejo, y este à su Magestad, fue servido remitirlo â su Exc. para que viendolo, informasse lo que se le ofrecia; haziendo lo mesmo yo, como Auditor de estos cargos, que aviendose visto, se informò à su Magestad con la realidad que acostumbra,y yo hize lo mesmo, incluyendo el hecho de los Authos,y derecho correspondiente à la jurisdiccion,y estado;y su Magestad,en vista de todo,remitiò à su Exc. la Cedula del tenor siguiente.

16 *CEDVLA*. EL REY. Duque de Alburquerque, Primo, Gentilhombre de mi Camara, Governador, y Capitan General del Mar Occeano,y Costas de Andalucia: En inteligencia de lo que representais en carta de primero del passado,y instrumentos que remitis para apoyo del informe que se os pidiò sobre la quexa que el Alcalde mayor de Cadiz diô por el Consejo de Castilla, de la multa de quinientos ducados que le sacasteis, por no averse querido inhivir del conocimiento de vna causa entre las Naciones Alemana,y otras en que se interessô el Consul de Dinamarca. Ha parecido aprobaros quanto en esta dependencia aveis executado,y assi os ordeno que prosigais en la causa como Juez, à quien privativamente toca su conocimiento; y assi se ha advertido al Consejo de Castilla. Y he tenido por bien que los quinientos ducados de la referida multa se apliquen por extraordinario al Hospital Real de Zeuta, adonde los remitireis con seguridad, previniendo de ello á el Governador de aquella Plaça, para que ordene à los Ministros del sueldo lo noten en sus libros,y se distribuya precisamente en el alivio, y regalo de los Militares enfermos ,y me dareis quenta de quedar executado. De Madrid à catorze de Abril de mil y seiscientos y noventa y nueve, como todo consta en dichos autos,y en la Secretaria de su Exc.

17 Otros pudiera citar, è incluir con otros Ministros, por aver excedido contra Militares,que consta en la Secretaria de su Exc. y Escrivania mayor de la Guerra; pero por no molestar, y parecerme que las dos Cedulas,son compendio de quanto puede apoyar lo soberano desta jurisdiccion, lo omito,y passo al punto siguiente.

PVNCTVS III.

Que la jurisdiccion ordinaria politica, es comprehensiva de todas causas, y negocios, y que esta es vnitamente ordinaria, y no la militar.

CONTRA.

A Nuestro proposito, con su acostumbrada erudicion, dize el señor Covarr. in 3. tom. var. cap. 20. â num. 1. *Que la ley que no se duda, es suficiente à dar jurisdiccion*, ex leg. 1. ff. de offic. eius cui mandat. iurisdict. l. more ff. de iurisdict. cap. duo simul de ofic. ordin. Petr. Greg. lib. 47. synta. cap. 26. n. 2. y assi lo es tambien la ley para conceder sus calidades. Menoch. de advitrar. lib. 2. cas. 12. n. 10.

2 Assentado esto, como principio cierto, es la jurisdiccion militar sin disputa, jurisdiccion ordinaria; pues la vniversalidad de causas, y negocios le dâ este nombre. Ad not. ab Azeved. in Rubric. tom. 9. nou. collect. reg. n. 1. ibi: *Is enim qui à Principe, vel iure suo iurisdictionem vniuersaliter exercet, ordinarius dicitur.* & repetit. n. 2. 8. & 9. Maranth. in prax. 4. p. dist. 5. n. 4. Bart. in l. mor. n. 4. & 8. ff. de iurisdict. Parlad. differ. 129. n. 6. ibi: *Etenim ordinaria iurisdictio, & citra territorium consistere potest, puta in aliquo personarum corpore, seu collegio.* Doctrina que puede desengañar â el que ignora que significa la palabra *ordinario.* l. 1. tit. 4. p. 3.

3 Es ordinaria la jurisdiccion Militar, y assi, el Juez Militar lo es ordinario. Assi lo llamò Barbos. collect. ad l. 3. C. de offic. mag. milit. Carrasc. ad l. collect. reg. cap. 9. n. 15. ibi: *Et ratio est quia Magister Militum habet ordinariam, superioremque iurisdictionem.* Y Reynos. observ. 54. n. 18. ibi: *In tantum militum numero, & personarum ipsorum ordinum, & melius est dicere ordinarios esse, ordinariam que iurisdictionem exercere.*

4 En esta cōsideracion, se juzgò en el Derecho la misma ordinaria en el Juez Militar para con sus subditos, que el Juez Politico para con los suyos; ex l. 1. C. de offic. Mag. Milit. Barb. in d. collect, ad d. tom. in prin. ibi: *Præfectis Prætoriorum, & Vrbis recte subijcitur Magister Militū, quoniam horum omnium æqualis est dignitas, dicitur autem Magister Militum, qui talem habet potestatem in milites, & duces militares, qualem Præfectus Prætorio in Paganos, & Præsides Provinciarum.* Quia in par. ad d. t. con que *meo videri* queda satisfecha esta proposicion en sus dos partes, y que es mas antiguo el Militar.

PVNCTVS IV.

Que por esto el Auditor General no es Juez, ni tiene por sì representacion alguna.

CONTRA.

1 ENseñome la Philosofia en mi primera edad, que la lengua era el mas expresso interprete del coraçon; deste parecer fui, hasta que la

la experiencia con vno, y otro caso me hâ desengañado, y no menos los que de pocos años à esta parte he tocado en Ministros literados; pero como la verdad lo vence todo, desprecio questiones, y passo à discurrir sobre el punto, dexando à el advitrio de los Doctos en los casos deste papel el mejor discurso desta proposicion Philosofica.

2 Estrañamente me ha sonado esta quarta proposicion, y no fuera desorden el no satisfacer â ella; pero es tal la jactanciosa vanidad del proponente, que ha persuadido con su maña â los Aplausores à que crean *fortiter* esta, y otras proposiciones semejantes: y asi, incurriera yo en vna de dos notas (sino es yâ que me las acumulan ambas) ô cobarde, ô incipiente; porque como esto se encamina à mi desprecio, puede imprimir caracter, sirviendome de torpeza tanto callar. Dixolo asi el Philosof. lib. 1. rect. ibi: *Sicut turpe est non posse defendere se corpore, turpius est non posse defendere se sermone.* it. Leons. referido por Port. Bibliotec. à otro caso assimilado, ibi: *Silentium non oportunum audaciæ orationis simile est, & quod habet vituperium os futile, hoc habet per negligentiam tacens.*

3 Es viva, y cierta representacion del Capitan General su Auditor General, de tal manera, que en los casos de Justicia, y su administracion, tiene la misma jurisdiccion, y autoridad que el señor Capitan General. Bien lo manifiesta el Placarte del señor Duque de Parma, inconcusamente observado, donde en la primera ordenança, ò numero de ellas, dize: *El oficio del Auditor General es muy preeminente, y de mucha importancia; porque es la Persona, sobre quien el Capitan General descarga todos los negocios, y casos de justicia, que êl proprio avia de juzgar, y determinar, y asi se puede dezir que tiene el exercicio de la jurisdiccion del Capitan General.* Y à el fin de la Ordenança: *Por lo qual le avemos dado, y damos todo el poder, y authoridad que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia.* Y en la Ordenança 17. ibi: *De las sentencias dadas por el Auditor General no se puede apelar ante ninguno; porque como avemos dicho en las cosas de justicia, representa nuestra Persona.*

4 Todos los 39. numeros, ò Placartes del señor Duque de Parma, manifiestan con gran claridad la autoridad plena del Auditor General en todos los casos, y negocios de los Militares, y sus anexos, y en la segunda Ordenança con mayor claridad, tocando à el puesto de Auditor General la manutencion de la grande autoridad desta jurisdiccion. Leala el desapasionado, y verâ su vigor, y autoridad, y asi la Magestad del señor Philip IV. (que goza de Dios) en su Ordenança Militar 54. dize asi: *Mando, que los Auditores en la primera instancia conozcan de todas las causas civiles, y criminales.* Y fenece esta Ordenança: *Y si las partes apelaren de ellas tengan las apelaciones para los Auditores Generales.* Esta Ordenança, como las demâs las discurre, y glossa Don Francisco Ventura de la Sala, en su primera obligacion. Y al fol. 200. B. manifiesta la jurisdiccion del Auditor General por sciencia, y experiencia, y en el vers. penultim: *Debe asimismo,* exorna la comprehension deste exercicio. Y en la ordenança 6. del señor

Duque de Parma, se manifiesta esta jurisdicion, explicando como, y quando puede proceder de oficio en los negocios.

9 Vniversal cōprehension tiene asimismo el titulo que se les despacha à los Auditores Generales, que por averlo hecho tan notorio su exercicio, y no dilatar, no se inserta à la letra, y solo esta clausula serâ explicativa desta verdad: *Concediendoos toda la autoridad, comission, y poder, que se requiere para su mejor execucion, y ordenamos à los Covernadores de Plazas, Maestros de Campo, Thenientes de Maestros de Campo Generales, Cabos de Cavalleria, Sargentos Mayores, Capitanes, y Oficiales, y demàs Gente de Cuerra de à pie, y de à cavallo. y demàs Personas sugetas à nuestra jurisdiccion, os respeten, y executen los autos que pronunciaredes, y ordenes qui dieredes &c.* De cuyas circūstancias se evidencia la autoridad del puesto. Asi lo lleva Sabel. lit. M. n. 5. con Cavall. en la resol. 147. per tot. y en el num. 4. d. Caball. resol. 225. con otros.

6 Y del lugar de los Auditores generales en concurrencias de funciones publicas fuera de la guerra, muy plenamente Casan. cathalog. glor. mund. 9 p. consid. 1. & seqq. No me explico mas, porque no me consideren apasionado, pues son inumerables los Autores, textos, Doctrinas, y Cedulas que asientan este punto.

PVNCTVS V.

Que los Soldados de à cavallo desta Capitania General, por no ser estipendiarios no gozan del fuero militar.

CONTRA.

1 DAn las leyes, como santas igual premio, y castigo â las obras, segun los meritos. Dispuesto asi por la Divina providencia, manifiesto es en nuestra Santa Fè Catholica, y la l. 1. ff. de iust. & iur. Cicer. 1. de orat. & lib. 3. de natura Deor. Casiod. lib. 1. variar. epist. 11. & alij.

2 Dezia Claud. Buf. que asi el castigo, como el premio caminan de espacio, compensando la gravedad con la dilacion. Bien enseña esto la experiencia, y he entendido su emphasis con este mote: *Con prospera impiedad suben mas alto: porque dê mayor golpe su ruina.* Phi. mor. lib. 5. cap. 3. Entendido esto, y aplicado à nuestro caso, passo à manifestar que los Soldados de â cavallo de esta Capitania General, gozan plenisimamente del fuero militar en todos sus casos, y cosas.

3 Es abundantisimo el numero de Escriptores que asientan que los Soldados de nuestros tiempos, que asisten en algun lugar cierto, prevenidos para la defensa del Rey, ò Reyno quando los llaman, gozan plenisimamente del fuero militar, Anton. Gom. l. 53. taur. n. 68. Trentacin. uariar. lib. 2. de exceptis, resol. 1. n. 49. vers. 2. *casus est.* & vers. *Quartus casus est.* Jon. far. ad addit. Covarr. lib. 2. variar. cap. 1. n. 18. Hermos.

ad

ad Greg. Lop. l. 49. gl. 1. n. 9. tit. 2. Merlin. de leg. lib. 5. tit. 2. quest. 5. num. 5. con otros.

4 Porque estos Soldados aunque habiten en sus proprios domicilios, y actualmente no militen, basta que estèn promptos, y prevenidos para ir à la guerra, segun su obligacion, Gratian. discept. foren. cap. 186. n. 27. Gutierr. de iur. confirm. 1. p. cap. 6. n. 9. in fine ibi: *Quod milites nostri temporis, qui sunt in aliquo certo loco causà belli parati pro defensione Reipublicæ, vel Principis.* y en el n. 10. con especial propriedad, ibi: *Per quæ idem ego existimo in istis hominibus armorum vulgo dictis* (hombres de armas) *qui communiter sunt in aliquibus oppidis Castellæ cum Equis, & armis parati, & salariati ad bellum, in eundum ad defensam Regni quotiescumque, per nostrum Regem fuerint vocati, nam hi merito que gaudeant. suprad. privileg. & alijs à iure concessis militibus, cum sint semper parati cũ equis, & armis ad bellum, & ad hoc sint salariati & sic possunt dici esse in expeditione.* Toro in suplement. decis. verb. miles, column. 2. vers. quibus omnibus. Merlin. de leg. lib. 5. tit. 2. q. 5. num. 5.

5 Grandes ocasiones de explicar casos sucedidos han dado al Auditor General las proposiciones, pero solo ha querido manifestar con la mayor modestia las de este papel, despreciando algunas vozes indecorosas que las addisionavan; y procurando sobre lo manifiesto ser succinto, no escusa antes de fundar la particula deste vltimo punto, en quanto dize: *Que no sirven los Soldados de à cavallo por sueldo, y que esto le escusa de la jurisdiccion:* dezir que â estos Soldados llaman comunmente en esta Capitania General *de gracia*, y que esta es mas digna en la Magestad de retribuicion por la generosidad, aunque el servicio de los de sueldo. Vide n. 1. 5. p. supra.

6 No encuentro estimacion mas segura, que la que fabrican los liberales en cuyo supuesto, y siendolo los Soldados de à cavallo desta Capitania general, sirviendo â su Magestad sin sueldo, y manteniendo cavallo, y armas continuamente à sus expensas para quando llega el caso de sus asistencias. No es mucho, que â vista de esta generosidad en vn vassallo, la Magestad les conceda los privilegios, que â los demâs Militares en las cargas personales comunes son, y sabidos, ex leg. 3. §. is qui, l. fin. ff. de munerib. & honor. lib. 2. C. de munerib. Patrimon. lib. 10. Mastrill. decis. 173. n. 53. tit. 2. Castill. decis. 105. tom. 2. n. 54. con otros muchos, que hazen immunes â los Militares de gavelas, è imposiciones personales, l. his honorib. 10. ff. de vocat. munerib. Roch. de offic. rub. 10. num. 60. Balmas. de collect. q. 49. n. 2. & alij.

7 Muy â nuestro proposito toca esta question D. Salc. in theatr. honor. desde la glos. 40. en adelante; y en la 42. adelgaçando esta materia, explica cristalinamente los privilegios, manteniendo en ellos à el que sirve sin sueldo, y en ocupacion honrosa, considerando que se ha de mantener el que sin sueldo sirve, y mas quando es servicio gracioso, sin que por

 ello

ello pierda el privilegio del fuero, ibi: *Si ſtipendia militibus à Principe non ſolvantur, vel ſtatuta non ſuficiant ad ſubſtentationem; an tunc poſsint abſque priuatione privilegij mercaturam agere.* Vealo el Docto, y deſapaſionado, pues para mi es autoridad tan venerada, como plena, aunque ay quien vanaglorioſamente la deſprecie, ſin hallar yo mas fundamentos en el ſugeto que no la ſigue, que el *ſic volo, & ſic pro ratione voluntas* del Evangelio.

8 Quien ha ignorado haſta aqui, que es mayor prerrogativa con ſuperior alabança, y digno de mayor remuneracion, y con anterior atencion ſervir gratuitamente à la Mageſtad con armas, y cavallo, que ſin ellas, y con ſueldo? Aſsi lo conſideraron los DD. Tull. Cripol. in ſuis car. milit. caſ. 45. vbi multorum refert. ibi: *Et remiſsio mercedis magis debeat movere Principem ad recognocendos milites, eo quod pariformiter ſanguinem ſuum fundunt & magis glorioſe, & gratioſe agunt cum ipſo Principe, quam ſtipendium affectantes*; opinion comun entre los Doctos, y Nobles, que tocò el Angelico D. S. Thom. 2. 2. quæſt. 206. art. 5. porque dixo Menoch. ibi: *Nimirum, quia iſti milites voluntarij dicuntur inducere obligationem ſuo Principi, quam nec legalem, nec moralem inducunt milites ſtipendiati.* Clav. Cort. tract. de iur. militib. lib. 1. cap. 18. Petr. Belloſ. trat. de iur. milit. 7. p. tom. 4. & ex cap. militar. 25. q. 1. Panun. de vtilit. 1. p. quæſt. 9. num. 36. con otros muchos que hazen digna eſtimacion del voluntario ſervicio, â que ſe llega Tit. lib. Patav. Lib. 4. 1. p.

9 Siempre ſe eſtimó con mayor ventaja el Soldado aventurero gracioſo, que el eſtipendiario; publicalo aſsi la meſma accion; y con ella Tull. Cripol. iur. C. reatim in ſuis caſ. milit. Torq. Taſſ. in ſuo Gofred. lib. 3. ſtan. 37. lib. 1. in prin. ff. de milit. teſtam. donde el Emperador Trajano en ſus funciones ponia toda ſu confiança con amiſtad, y favores en los Soldados gracioſos. Mucho pudiera dezir ſobre eſto; pero me ha parecido ceſſar, paſſando à los privilegios actuales, continuados en parte.

10 Vneſe â los derechos referidos en la remuneracion gratuita regia los concedidos deſde la creacion de eſtos Soldados, los que gozan haſta oy, que la ambicion, ò embidia de algunos Miniſtros que han querido confundir tan antiguos, y ſabidos privilegios, queriendo que ſe inſerten en los deſpachos para ſu diſsimulo, y aun aſsi los atropellan como actualmente ſe eſtâ tocando. Y para que algunos ſe vean, ſe acudirà à la corroboracion de la Real Cedula del año paſſado de mil ſeiſcientos y quarenta y quatro de treinta y vno de Diziembre, ratificada por otra de treinta de Abril de mil ſeiſcientos y ochenta y ſeis, abundando el nuevo Deſpado de treinta y vno, que eſte, à mayor abundamiento, y para evitar obices impertinentes en los Miniſtros inferiores, ſoberanamente ſe ordenò á el Real Conſejo de Caſtilla ſu obſervancia; obedecida en deſpacho de aquel Conſejo de veinte y nueve de Abril de dicho

año

año de mil y seiscientos y ochenta y seis, cumplido por los mas Ministros desta Capitania General, como se halla con los dichos Despachos en los Reales Oficios de Cadiz, y en la Escrivania mayor de la Guerra desta Capitania General.

11 Pareciame â mi, que para los Doctos bastava menos de lo dicho, y que para los incipientes, y apassionados, todo sobra; y assi (Señor Excelentissimo) no sè si bastarà â retener las desordenes, que contra tan clara, antigua, y excelsa jurisdiccion obran los que no consideran quan contra ambas Magestades es esta persecucion. Permitame V. Exc. que sin jactancia ofrezca, sobre estas proposiciones, y sobre otras qualesquiera que arrojen igual satisfacion, diziendo sobre todo con Casiod. lib. 9. epist. 23. *Ad examen veniant, quæ putantur incerta, nam quis de illa re æstimet deliberandum, vbi nihil reputatur ambiguum.* Es lo que siento S. I. O. &c. Puerto de Santa Maria, y Enero 28. de 1701.

A. L. P. de V. Exc.

Doctor Don Diego Thomàs de Herrera Hurtado.